

Sygn. akt: KIO 2597/12

WYROK
z dnia 7 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2012 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II**, 05-825 Grodzisk Mazowiecki, ul. Daleka 11

przy udziale Wykonawcy **Link2People Sp. z o.o.**, 05-500 Piaseczno, ul. Pawia 7 lok. 96 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Spółdzielnia Inwalidów Napród**, 31-215 Kraków, ul. śabiniec 45, „**IZAN+**” **Sp. z o.o.**, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** 53-111 Wrocław,

ul. Ślężna 118, **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2597/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Samodzielny Specjalistyczny Szpital Zachodni w Grodzisku Mazowieckim na usługę *kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz pomocy przy obsłudze pacjenta* (nr postępowania SPSSZ/47/U/12), wobec zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego utajnionych części ofert, w dniu 26 listopada 2012 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** i **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa** wniesli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2597/12).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 listopada 2012 r.

Odwołujący termin na wniesienie odwołania liczył od dnia otwarcia ofert, tj. 15 listopada 2012r.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 10.10.2012, pozycja 321077 (TED 2012/S 195-321077). Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określone w rozporządzeniu wykonawczym dla usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1-3 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia ofert wykonawców: konsorcjum firm: Ever Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Propel System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Link2People z siedzibą w Piasecznie; konsorcjum firm: Derśław Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu, DGD Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, PU GOS –ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, a w tym celu o podjęcie stosownych czynności wyjaśniających.

W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący wskazał na nieuprawnione zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów, w tym wykazu usług, informacji o posiadanej wiedzy i doświadczeniu, plan higieny, plan pracy oraz ilości osób zatrudnionych, wykaz sprzętu, karty charakterystyki, wykaz preparatów i środków. W ocenie Odwołującego wykonawcy wadliwie zastrzegli informacje w ofertach, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zaniechanie odtajnienia ofert przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy ww. Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść złożonych ofert odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3

W dniu 30.11.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Link2People Sp. z o.o., a po stronie Odwołującego konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” sp. z o.o.

Wykonawca EVER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła w dniu 30.11.2012r. przystąpienie w części zarzutów po stronie Zamawiającego, a w części po stronie Odwołującego.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba uznała, iż przystąpienie zgłoszone przez Wykonawcę EVER Grupa Sp. z o.o. nie może być uznane za skuteczne w związku z uchybieniem normy zawartej w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy, tj. dopuszczalności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po jednej ze stron – zamawiającym lub odwołującym. Przystąpienie jako czynność wywołująca skutki procesowe w postaci uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego wymaga ścisłego wypełnienia przesłanek ustawowych, jakimi są wskazanie strony, do której wykonawca przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Kompleksowa regulacja zawarta w przepisach art. 185 ustawy wyłącza możliwość zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jednocześnie po obu stronach (do poszczególnych zarzutów), gdyż nie byłoby możliwe przestrzeganie zakazu pozostawania w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpienie zostało wniesione. W konsekwencji uchybienie Wykonawcy, który w części zarzutów przystąpił po stronie Zamawiającego i w części po stronie Odwołującego, prowadziło do stwierdzenia nieskuteczności zgłoszenia. W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania

zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

4

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących jak wskazano powyżej, materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Mając na uwadze skutki, jakie dla wykonawcy pociąga decyzja zamawiającego o odmowie udostępnienia treści ofert, stwierdzenie naruszenia w tym zakresie w sposób zasadniczy wpływa na możliwość weryfikacji prawidłowości wyników oceny ofert przez wykonawców, czyniąc w zasadzie niemożliwym skuteczne dochodzenie prawa do uzyskania przedmiotowego zamówienia. W takim ujęciu, czynności zamawiającego niewątpliwie mogą naruszać interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i narażać tego ostatniego na szkodę w postaci utraty zamówienia.

Przechodząc do rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów Izba oddaliła odwołanie jako przedwczesne bez rozstrzygnięcia o podstawie faktycznej zarzutu zaniechania odtajnienia części ofert.

W odwołaniu podstawa zarzutów sprowadza się do wykazania zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia w części ofert dokumentów oraz ich odtajnienia. Odwołanie wniesione zostało w terminie liczonym od dnia otwarcia ofert, co miało miejsce 15 listopada 2012 r.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż Odwołujący w piśmie z dnia 21 listopada 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego o ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców: Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o., Link2People, Konsorcjum Derśław Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., PU GOS – ZEC Sp. z o.o., wskazując na naruszenie zasady jawności w postępowaniu.

W piśmie z dnia 23.11.2012 r. Zamawiający przekazał informację o możliwości udostępnienia w chwili obecnej ofert z danymi jawnymi oraz zapowiedział zwrócenie się do firm o odtajnienie dokumentów i podjęcie stosownej decyzji po otrzymaniu wyjaśnień, czy i które oferty zostaną odtajnione, o której Zamawiający poinformuje wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W pismach z dnia 26.11.2012 r. Zamawiający wystąpił do ww. wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących zasadności utajnienia części dokumentów, wyznaczając termin na odpowiedź do dnia 30.11.2012 r.

W dniu 26.11.2012 r. Konsorcjum wniosło odwołanie, przesyłając jego kopię do Zamawiającego faksem po godzinie 15:00.

5

W dniu 04.12.2012 r. Zamawiający zdecydował o odtajnieniu treści dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach z wyłączeniem planów higieny, przekazując informację wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Na wstępie rozważań, Izba wskazuje na brak zakreślenia przez ustawodawcę terminu w jakim Zamawiający byłby zobowiązany do zakończenia czynności sprawdzających i odtajnienia treści ofert niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prowadzi to do wniosku, iż ostateczny termin na ich przeprowadzenie wyznaczony zostaje datą zakończenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Dopóki Zamawiający nie da wyrazu swojej decyzji w przedmiocie odmowy odtajnienia dokumentów (w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentów), należy uznać, iż do czasu zakończenia czynności badania ofert nie występuje stan zaniechania dokonania czynności. Ponieważ w takiej sytuacji nie jest możliwe ustalenie w jakim momencie Zamawiający dopuszcza się zaniechania dokonania czynności, do której jest zobowiązany na gruncie przepisów ustawy, nie można w sposób kategoriyczny ustalić iż dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. W ocenie Izby, obawa Odwołującego utraty prawa do zaskarżenia zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu, w okolicznościach występujących w

niniejszym postępowaniu, nie była uzasadniona. Odwołanie zostało wniesione na zaniechanie, które nie nastąpiło w postępowaniu w dacie składania środka ochrony prawnej. Izba uznała, iż wniesienie odwołania w sytuacji, w której zamawiający pozbawiony zostaje możliwości zajęcia stanowiska, tj. przed zakończeniem weryfikacji ofert pod kątem zasadności utrzymania klauzuli tajności, nie jest możliwe stwierdzenie wystąpienia stanu zaniechania podjęcia czynności. Z okoliczności faktycznych ustalonych w sprawie na podstawie przedłożonej kopii dokumentacji postępowania wynika, iż przed datą złożenia odwołania Odwołujący wystąpił do Zamawiającego w piśmie z dnia 21.11.2012 r. z prośbą o ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do czasu udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego nie było możliwe ustalenie stanowiska Zamawiającego i do którego możliwe byłoby odniesienia zarzutu zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu. Dopiero pismo z dnia 4.12.2012 r. zawiera jasno określone stanowisko Zamawiającego co do odmowy odtajnienia treści ofert w zakresie planów higieny i od tego momentu możliwe jest stwierdzenie stanu zaniechania odtajnienia treści ofert, jednak w węższym zakresie niż odnosi się do niego odwołanie. W ocenie składu orzekającego, odwołanie wniesione zostało z ostrożności procesowej, a brak stwierdzenia wystąpienia stanu zaniechania prowadził do wniosku, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Ponieważ odwołanie odnosi się do stanu postępowania i czynności Zamawiającego sprzed 4.12.2012 r., okoliczności dotyczące zasadności utrzymania klauzuli tajności w stosunku do dokumentów – planów higieny, mogą być przedmiotem zaskarżenia

6

przez wykonawców i dopiero w tej drodze podlegać weryfikacji pod kątem zgodności z przepisami ustawy.

Mając na uwadze prezentowaną powyżej argumentację, odwołanie jako przedwczesne i nie mogące obejmować zaniechania odtajnienia treści ofert (planów higieny), co nastąpiło po wniesieniu odwołania w dniu 04.12.2012 r., podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

7

Sygn. akt: KIO 2597/12

WYROK
z dnia 7 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2012 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Szpital Zachodni im. Jana Pawła II**, 05-825 Grodzisk Mazowiecki, ul. Daleka 11

przy udziale Wykonawcy **Link2People Sp. z o.o.**, 05-500 Piaseczno, ul. Pawia 7 lok. 96 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Spółdzielnia Inwalidów Naprzód**, 31-215 Kraków, ul. śabiniec 45, „**IZAN+**” **Sp. z o.o.**, 91-170 Łódź, ul. Przybosia 3 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** 53-111 Wrocław,

ul. Ślężna 118, **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 2597/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Samodzielny Specjalistyczny Szpital Zachodni w Grodzisku Mazowieckim na *usługę kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz pomocy przy obsłudze pacjenta* (nr postępowania SPSSZ/47/U/12), wobec zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego utajnionych części ofert, w dniu 26 listopada 2012 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **Impel Cleaning Sp. z o.o.** i **Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Spółka Komandytowa** wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2597/12).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 listopada 2012 r. Odwołujący termin na wniesienie odwołania liczył od dnia otwarcia ofert, tj. 15 listopada 2012r.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 10.10.2012, pozycja 321077 (TED 2012/S 195-321077). Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określone w rozporządzeniu wykonawczym dla usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1-3 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia ofert wykonawców: konsorcjum firm: **Ever Grupa Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, **Propel System Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie; **Link2People** z siedzibą w Piasecznie; konsorcjum firm: **Derślaw Sp. z o.o.** z siedzibą w Połańcu, **DGD Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Legnicy, **DGP Clean Partner Sp. z o.o.** z siedzibą w Legnicy, **PU GOS –ZEC Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu, a w tym celu o podjęcie stosownych czynności wyjaśniających.

W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący wskazał na nieuprawnione zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów, w tym wykazu usług, informacji o posiadanej wiedzy i doświadczeniu, plan higieny, plan pracy oraz ilości osób zatrudnionych,

wykaz sprzętu, karty charakterystyki, wykaz preparatów i środków. W ocenie Odwołującego wykonawcy wadliwie zastrzegli informacje w ofertach, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zaniechanie odtajnienia ofert przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy ww. Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść złożonych ofert odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3

W dniu 30.11.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Link2People Sp. z o.o., a po stronie Odwołującego konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, „Izan+” sp. z o.o.

Wykonawca EVER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła w dniu 30.11.2012r. przystąpienie w części zarzutów po stronie Zamawiającego, a w części po stronie Odwołującego.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba uznała, iż przystąpienie zgłoszone przez Wykonawcę EVER Grupa Sp. z o.o. nie może być uznane za skuteczne w związku z uchybieniem normy zawartej w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy, tj. dopuszczalności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po jednej ze stron – zamawiającym lub odwołującym. Przystąpienie jako czynność wywołująca skutki procesowe w postaci uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego wymaga ścisłego wypełnienia przesłanek ustawowych, jakimi są wskazanie strony, do której wykonawca przystępuje oraz interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony. Kompleksowa regulacja zawarta w przepisach art. 185 ustawy wyłącza możliwość zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jednocześnie po obu stronach (do poszczególnych zarzutów), gdyż nie byłoby możliwe przestrzeganie zakazu pozostawania w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpienie zostało wniesione. W konsekwencji uchybienie Wykonawcy, który w części zarzutów przystąpił po stronie Zamawiającego i w części po stronie Odwołującego, prowadziło do stwierdzenia nieskuteczności zgłoszenia. W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

4

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących jak wskazano powyżej, materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Mając na uwadze skutki, jakie dla wykonawcy pociąga decyzja zamawiającego o odmowie udostępnienia treści ofert, stwierdzenie naruszenia w tym zakresie w sposób zasadniczy wpływa na możliwość weryfikacji prawidłowości wyników oceny ofert przez wykonawców, czyniąc w zasadzie niemożliwym skuteczne dochodzenie prawa do uzyskania przedmiotowego zamówienia. W takim ujęciu, czynności zamawiającego niewątpliwie mogą naruszać interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia i narażać tego ostatniego na szkodę w postaci utraty zamówienia.

Przechodząc do rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów Izba oddaliła odwołanie jako

przedwczesne bez rozstrzygnięcia o podstawie faktycznej zarzutu zaniechania odtajnienia części ofert.

W odwołaniu podstawa zarzutów sprowadza się do wykazania zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia w części ofert dokumentów oraz ich odtajnienia. Odwołanie wniesione zostało w terminie liczonym od dnia otwarcia ofert, co miało miejsce 15 listopada 2012 r.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż Odwołujący w piśmie z dnia 21 listopada 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego o ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców: Konsorcjum Ever Grupa Sp. z o.o., Propel System Sp. z o.o., Link2People, Konsorcjum Derśław Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., PU GOS – ZEC Sp. z o.o., wskazując na naruszenie zasady jawności w postępowaniu.

W piśmie z dnia 23.11.2012 r. Zamawiający przekazał informację o możliwości udostępnienia w chwili obecnej ofert z danymi jawnymi oraz zapowiedział zwrócenie się do firm o odtajnienie dokumentów i podjęcie stosownej decyzji po otrzymaniu wyjaśnień, czy i które oferty zostaną odtajnione, o której Zamawiający poinformuje wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W piśmie z dnia 26.11.2012 r. Zamawiający wystąpił do ww. wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących zasadności utajnienia części dokumentów, wyznaczając termin na odpowiedź do dnia 30.11.2012 r.

W dniu 26.11.2012 r. Konsorcjum wniosło odwołanie, przesyłając jego kopię do Zamawiającego faksem po godzinie 15:00.

5

W dniu 04.12.2012 r. Zamawiający zdecydował o odtajnieniu treści dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach z wyłączeniem planów higieny, przekazując informację wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Na wstępie rozważań, Izba wskazuje na brak zakreślenia przez ustawodawcę terminu w jakim Zamawiający byłby zobowiązany do zakończenia czynności sprawdzających i odtajnienia treści ofert niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Prowadzi to do wniosku, iż ostateczny termin na ich przeprowadzenie wyznaczony zostaje datą zakończenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Dopóki Zamawiający nie da wyrazu swojej decyzji w przedmiocie odmowy odtajnienia dokumentów (w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentów), należy uznać, iż do czasu zakończenia czynności badania ofert nie występuje stan zaniechania dokonania czynności. Ponieważ w takiej sytuacji nie jest możliwe ustalenie w jakim momencie Zamawiający dopuszcza się zaniechania dokonania czynności, do której jest zobowiązany na gruncie przepisów ustawy, nie można w sposób kategoryczny ustalić iż dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. W ocenie Izby, obawa Odwołującego utraty prawa do zaskarżenia zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu, w okolicznościach występujących w niniejszym postępowaniu, nie była uzasadniona. Odwołanie zostało wniesione na zaniechanie, które nie nastąpiło w postępowaniu w dacie składania środka ochrony prawnej. Izba uznała, iż wniesienie odwołania w sytuacji, w której zamawiający pozbawiony zostaje możliwości zajęcia stanowiska, tj. przed zakończeniem weryfikacji ofert pod kątem zasadności utrzymania klauzuli tajności, nie jest możliwe stwierdzenie wystąpienia stanu zaniechania podjęcia czynności. Z okoliczności faktycznych ustalonych w sprawie na podstawie przedłożonej kopii dokumentacji postępowania wynika, iż przed datą złożenia odwołania Odwołujący wystąpił do Zamawiającego w piśmie z dnia 21.11.2012 r. z prośbą o ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do czasu udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego nie było możliwe ustalenie stanowiska Zamawiającego i do którego możliwe byłoby odniesienie zarzutu zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu. Dopiero pismo z dnia 4.12.2012 r. zawiera jasno określone stanowisko Zamawiającego co do odmowy odtajnienia treści ofert w zakresie planów higieny i od tego momentu możliwe jest stwierdzenie stanu zaniechania odtajnienia treści ofert, jednak w węższym zakresie niż odnosi się do niego odwołanie. W ocenie składu orzekającego, odwołanie wniesione zostało z ostrożności procesowej, a brak stwierdzenia wystąpienia stanu zaniechania prowadził do wniosku, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Ponieważ odwołanie odnosi się do stanu postępowania i czynności

Zamawiającego sprzed 4.12.2012 r., okoliczności dotyczące zasadności utrzymania klauzuli tajności w stosunku do dokumentów – planów higieny, mogą być przedmiotem zaskarżenia

6

przez wykonawców i dopiero w tej drodze podlegać weryfikacji pod kątem zgodności z przepisami ustawy.

Mając na uwadze prezentowaną powyżej argumentację, odwołanie jako przedwczesne i nie mogące obejmować zaniechania odtajnienia treści ofert (planów higieny), co nastąpiło po wniesieniu odwołania w dniu 04.12.2012 r., podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

7